

Réflexions à propos de la fonction consultative du Conseil d'État

R. KHELLOUFI

Professeur en droit,

École nationale d'Administration

Plan

INTRODUCTION.

I^o PARTIE : Le cadre juridique de la fonction consultative du Conseil d'État : un cadre étroit.

Section 1 : Le cadre constitutionnel de la fonction consultative du Conseil d'État : un cadre limité aux projets de textes à caractère législatif.

Section 2 : Le cadre législatif de la fonction consultative du Conseil d'État : un cadre général

Section 3 : Le cadre réglementaire de la fonction consultative du Conseil d'État : un cadre inédit

II^o PARTIE : L'étendue de la fonction consultative du Conseil d'État : un Conseil d'État, consultant législatif du Gouvernement.

Section 1 : L'étendue de la fonction consultative du Conseil d'État *à travers* l'organisation et le fonctionnement du Conseil d'État.

Section 2 : L'étendue de la fonction consultative *à travers* les projets de textes soumis pour avis.

Section 3 : L'étendue de la fonction consultative *à travers* les conditions d'exercice de la consultation et le statut du Conseil d'État

III° PARTIE : Les limites à l'étendue de la fonction consultative du Conseil d'État.

Section 1 : Les limites résultant de l'élargissement du champ de la consultation du Conseil d'État.

Section 2 : Les limites résultant de l'organisation et du fonctionnement du Conseil d'État, organe consultatif.

Section 3 : Les limites résultant du régime de publicité des avis.

Section 4 : Les limites résultant du statut du Conseil d'État : institution consultative ?

CONCLUSION.

Introduction.

Le 07/03/2018, une loi organique portant le numéro 18-42 est publiée au journal officiel¹. Cette loi organique, prise en application des articles 119, 143, 151 et 152² de la Constitution dans sa mouture de l'année 1996³, amende et complète la loi organique numéro 98-01⁴ du 30/05/1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État,

La loi organique n° 98-01 avait mis en place des dispositions relatives aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État, celle portant le n° 18-42 rajoute d'autres dispositions concernant, notamment, son rôle en matière consultative.

Le Conseil d'État a été institué, pour la première fois, par la Constitution dans sa version de 1996 ; cette dernière a instauré, pour la première fois, un système juridictionnel⁵ composé de deux ordres juridictionnels, un ordre juridictionnel administratif et un ordre judiciaire.

Situé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, le Conseil d'État exerce une double fonction, une fonction essentielle, celle de connaître des

¹ - Loi organique n° 18-42 du 04/03/2018 modifiant et complétant la loi organique n° 98-01 du 30/05/1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État ; J.O n° 15 du 07/03/2018 p.6s.

² - Les articles 119, 142, 151 et 152 portent respectivement les numéros 136,161, 171 et 172 dans la Constitution dans sa mouture de 2016.

³ - JO n°76 du 08décembre 1996 de l'année 1996.

La constitution a été amendée par :

- la loi n°02-03 du 10 avril 2002 JO n°25 du 14 avril 2002 ;

- la loi n°08-19 du 15 novembre 2008 JO n°63 du 16 novembre 2008.

⁴ - Loi organique n° 98-01 – JO n° 37 de l'année 1998

⁵ - La qualification de ce système a fait l'objet de plusieurs formulations ; pour ma part, le système juridictionnel algérien est un système qui peut être qualifié de « dualité de structures juridictionnelles dans l'unité du pouvoir judiciaire ».

affaires administratives⁶ et une fonction consultative portant sur des projets de textes juridiques.

Si, la fonction juridictionnelle du Conseil d'État permet des réflexions sur son organisation et les attributions qui lui ont été fixées dans la loi organique n° 98-01 modifiée et complétée, sa fonction consultative, assez mal connue, soulève, pour sa part, des interrogations et des réflexions d'un autre genre mais tout aussi importantes, en ce sens qu'elles touchent d'une façon particulière à la question de la participation du Conseil d'État à l'élaboration du droit.

La tentation de nourrir et d'étayer cette deuxième catégorie de réflexions par une approche comparée entre, notamment, le cadre juridique du Conseil d'État algérien et celui du Conseil d'État français est assez forte ; cette option pourrait s'expliquer et se justifier par la proximité et l'influence du droit français sur le jurislature algérien et permettrait de comprendre, entre autres, l'histoire du droit algérien⁷ ; cependant, l'objectif recherché à l'issue de ces réflexions est de faire état de la fonction consultative du Conseil d'État sur un plan strictement interne tout en espérant qu'elles serviraient de point de départ et de tremplin à d'autres réflexions sur l'histoire du Conseil d'État et plus généralement sur le droit algérien.

⁶ Certes, l'activité contentieuse est mieux connue : elle s'exerce publiquement et touche potentiellement chaque administré dans ses différentes relations avec les institutions administratives ; cependant, l'activité consultative touche tous les secteurs du droit constitutionnel, international, civil, pénal, commercial et social. Cette deuxième activité est plus importante de par son impact sur les différents aspects de la société et donc de l'État.

⁷ L'élargissement de cette comparaison à d'autres expériences comme celles du Maroc, de la Tunisie ou de l'Égypte est par ailleurs souhaitable car elles permettent également et notamment, l'étendue de l'influence, en la matière du droit français sur ces États

Dans sa fonction consultative, le Conseil d'État suscite des réflexions multiples relevant de différentes disciplines et approches scientifiques ; cependant, la démarche retenue pour exposer ces réflexions sera strictement juridique et portera essentiellement sur le cadre juridique de la fonction consultative du Conseil d'État (première partie), l'étendue de la consultation (deuxième partie) et enfin, les limites de cette consultation (troisième partie).

I^o PARTIE : Le cadre juridique de la fonction consultative du Conseil d'État : un cadre étroit.

Le cadre juridique de la fonction consultative du Conseil d'État est constitué par des dispositions constitutionnelles (Section 1), législatives (Section 2) et réglementaires (Section 3).

L'élaboration de ce cadre juridique a été faite en deux étapes distinctes.

La première étape se situe entre l'année 1996, date d'entrée en vigueur de la Constitution, et l'année 2016 ; la seconde étape a débuté avec les amendements de cette même Constitution en 2016.

Section 1 : Le cadre constitutionnel de la fonction consultative du Conseil d'État : un cadre limité aux projets de textes à caractère législatif.

Durant la période 1996-2016, le cadre constitutionnel de la fonction consultative du Conseil d'État⁸ était constitué uniquement par l'article 119. Cet article avait délimité le domaine de la consultation en disposant que

⁸- La Constitution de 1996, dans ces différentes moutures a prévu également d'autres dispositions pour le Conseil d'État en tant qu'institution juridictionnelle ; il s'agit notamment de l'article 152 (article 171 dans la mouture de 2018) l'article 153(article 172 dans la mouture de 2018)

seuls « *les projets de lois sont présentés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État* ».

Amendée en 2016, la Constitution, tout en reconduisant les dispositions de l'article 119 ci-dessus⁹, a élargi le domaine de la consultation du Conseil d'État dans son article 142 §1 qui énonce qu' : « *en cas de vacance de l'Assemblée populaire nationale ou durant les vacances parlementaires, le Président de la République peut, sur des questions urgentes, légiférer par ordonnance, après avis du Conseil d'État.* »

Les dispositions de ces deux articles montrent que la fonction consultative du Conseil d'État porte seulement sur des textes juridiques à caractère législatif¹⁰.

Section 2 : Le cadre législatif de la fonction consultative du Conseil d'État : un cadre général.

Le cadre législatif de la fonction consultative du Conseil d'État, a évolué en fonction des différentes moutures de la Constitution.

Pris en application de la Constitution de 1996, ce cadre est constitué par la loi organique n° 98-01 du 30/05/1998¹¹. Cette dernière avait déterminé les

⁹- L'article 119 devient l'article 136 dans la Constitution amendée en 2016.

¹⁰- La nature juridique des ordonnances prises par le Président de la République a fait l'objet de controverse doctrinale sur sa valeur juridique ; pour ma part, ces ordonnances sont des actes législatifs imparfaits ; des actes législatifs dans la mesure où elles interviennent dans le domaine législatif ; des actes législatifs imparfaits dans la mesure où, elles ne prennent la forme d'une loi qu'après leur approbation par le Parlement.

¹¹- Loi organique n° 98-01 du 30/05/1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État. JO n° 37 de l'année 1998. p. 03.

Il y a également la loi organique n° 05-11 du 17/07/2005 relative à l'organisation judiciaire (JO n° 51-2005 p.5) cite le Conseil d'État mais uniquement pour mentionner qu'il fait partie de l'ordre juridictionnel administratif

règles générales relatives aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État.

Elle a été amendée en 2011¹² et en 2018¹³.

Dans ce cadre, la loi organique n° 98-01 avait fixé le domaine de la consultation aux projets de loi uniquement. Ce domaine a été élargi par le biais de la loi organique n° 18-02 aux projets d'ordonnances du Président de la République ; cette dernière a introduit également de nouvelles règles relatives à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État dans sa fonction consultative.

Section 3 : Le cadre réglementaire de la fonction consultative du Conseil d'État : un cadre inédit.

Le cadre réglementaire de la fonction consultative du Conseil d'État est constitué par deux textes juridiques : le décret exécutif n° 98-261 du 29/08/1998 fixant les formes et modalités de procédure en matière consultative auprès du Conseil d'État¹⁴ et le règlement intérieur du Conseil d'État du 26/05/2002.

Si le décret exécutif ci-dessus soulève quelques réflexions, l'élaboration et la publicité du règlement intérieur sont, dans une certaine mesure, inédites.

¹²- Loi organique n° 11-13 du 26/07/2011 modifiant et complétant la loi organique n° 98-01. JO n° 43 de l'année 2011. p. 7

¹³- Loi organique n° 18-02 du 04/03/2018 modifiant et complétant la loi organique n° 98-01. JO n° 15 p.6

¹⁴- JO n° 64 de l'année 1988- p. 04.

1. En ce qui concerne le décret exécutif n° 98-261 du 29/08/1998.

Pris en application de l'article 41 de la loi organique n° 98-01 relative au Conseil d'État, le décret exécutif n° 98-261 du 29/08/1998 renferme un certain nombre de dispositions relatives aux textes juridiques soumis au Conseil d'État pour avis et renvoie, comme le mentionne son article 10, au règlement intérieur pour préciser d'autres procédures en la matière.

S'agissant des textes juridiques soumis au Conseil d'État pour avis, le décret exécutif précité confirme, dans son article 2, les dispositions de la Constitution et celles de la loi organique n° 98-01 en citant les projets de lois comme textes juridiques à soumettre à l'avis du Conseil d'État ; cependant, ce même article se remarque par l'ajout ¹⁵du terme « obligatoirement » qui ne figure ni dans la Constitution ni dans la loi organique.

Ce rajout méconnaît le contenu du principe de la hiérarchie des normes en ce sens que, si le terme « obligatoire » reste, dans une certaine mesure, superfétatoire, il n'en constitue pas moins une norme nouvelle¹⁶ et non une disposition d'application d'une norme supérieure.

2. En ce qui concerne le règlement intérieur du Conseil d'État.

¹⁵- Article 02 : « Le Conseil d'État est **obligatoirement** saisi des projets de loi par le secrétaire général du gouvernement après leur adoption par le conseil de gouvernement »

¹⁶- Selon le principe de la hiérarchie des normes, la loi crée la liberté, le décret l'aménage. Par ailleurs, les dispositions du décret exécutif n° 98- ne peuvent plus, depuis 2018, constituer un cadre juridique d'application de la loi organique n° 98- 01 sur les plans formel, organisationnel et fonctionnel mais, également et surtout, du domaine de compétence du Conseil d'État dans sa fonction consultative car, la dernière mouture de la loi organique ci-dessus a introduit des modifications fondamentales et ne renvoie pas à ce même décret exécutif comme texte d'application.

En principe, un règlement intérieur est constitué par un ensemble de règles destinées à préciser le mode de fonctionnement interne d'une institution ; de ce fait, il complète le cadre juridique de l'institution tout en lui étant conforme et inférieur ; sa valeur est renforcée en cas de référence dans le texte juridique qui le prévoit. Enfin et pour des considérations de transparence et de légalité, sa publication est nécessaire, parfois obligatoire, lorsqu'il s'agit, particulièrement, des institutions publiques constitutionnelles comme c'est le cas pour le Conseil d'État.

Qu'en est-il du règlement intérieur du Conseil d'État ?

La loi organique n°98-01 relative au Conseil d'État fait référence au règlement intérieur dans ses articles 4, 7 et 25 ; or, contrairement à la loi organique n° 11-12 fixant l'organisation, le fonctionnement et les compétences de la Cour suprême¹⁷, l'équivalent du Conseil d'État dans l'organisation judiciaire, la loi organique sur le Conseil d'État ne renferme pas de disposition prévoyant expressément et obligatoirement la publication du règlement intérieur dudit conseil dans le journal officiel.

Est-ce un oubli ou une omission ? Est-ce que cette omission est suffisante pour ne pas publier le règlement intérieur dans le journal officiel ?

Cela ne semble pas être le cas, car, ni en 2011 ni en 2018, dates de modification de la loi organique sur le Conseil d'État, cette omission n'a été corrigée.

¹⁷- L'article 34 de la loi 11-12 relative à la Cour suprême dispose : « le règlement intérieur de la Cour suprême est publié au journal officiel... ». Par ailleurs, les règlements intérieurs des institutions constitutionnels prévues par la Constitution sont, également, publiés au journal officiel.

Le règlement intérieur¹⁸ consacre 37 articles (les articles 77 à 113) sur ses 140 articles à l'organisation, au fonctionnement et aux compétences consultatives du Conseil d'État.

A ce stade de la réflexion sur le règlement intérieur, la lecture de son article 78 soulève une observation identique à celle relevée au sujet du rajout du terme « obligatoirement » dans le décret exécutif n° 98-261 du 29/08/1998 ; en effet, l'article 78 du règlement intérieur ajoute le terme « tous » à la phrase « projets de lois » à transmettre au Conseil d'État pour avis¹⁹.

Quel sens donner à ce terme ? Quel impact peut-il avoir sur la procédure et les textes juridiques soumis à l'avis du Conseil d'État ?

Certes, n'étant pas publié, ayant un caractère confidentiel et n'ayant d'autre destinataire que l'auteur du projet de texte juridique pour avis, le terme « tous » contenu dans le règlement intérieur est finalement sans effet mais reste une pratique qui méconnaît les conditions de la règle de la hiérarchie des normes.

Par ailleurs, après les amendements introduits au niveau de la Constitution en 2016 et de la loi organique n° 18-42, la légalité de ce règlement intérieur comme texte d'application reste également posée dans la mesure où son fondement juridique est constitué par des textes qui ont été amendés.

¹⁸- Le règlement intérieur a été adopté à la suite d'une délibération des membres du Conseil d'État. Les quelques réflexions faites sur le règlement intérieur du Conseil d'État ont été rendues possibles grâce à une copie obtenue indirectement.

¹⁹- L'article 78 : « Le Conseil d'État est chargé de donner un avis sur **tous** les projets de loi » cette rédaction est une traduction du règlement intérieur rédigé en langue arabe.

Après avoir exposé le cadre juridique de la fonction consultative du Conseil d'État, la question relative à l'étendue de cette fonction suscite d'autres réflexions.

II° PARTIE : L'étendue de la fonction consultative du Conseil d'État : un Conseil d'État, consultant législatif du Gouvernement.

La Constitution et la loi ont reconnu au Conseil d'État la compétence de donner son avis sur des projets de textes juridiques. Cette reconnaissance s'est faite en deux temps et a eu pour effet d'élargir le domaine de compétence du Conseil d'État en matière consultative.

De 1996 à 2016, le Conseil d'État était le consultant du Gouvernement en matière de projets de lois ; à partir de 2016, il est maintenu en tant que tel et il est, également, consulté pour d'autres projets de textes.

L'organisation et le fonctionnement du Conseil d'État (Section 1), la détermination précise des textes juridiques qui lui sont soumis pour avis (Section 2) et enfin, les conditions d'exercice de sa fonction consultative participent à la détermination de l'étendue de la fonction consultative du Conseil d'État.

Section 1 : L'étendue de la fonction consultative du Conseil d'État à travers l'organisation et le fonctionnement du Conseil d'État.

La loi organique n° 98-01 du 30/05/1998 a prévu, en même temps, des structures permettant au Conseil d'État d'exercer sa fonction consultative et des règles relatives à leur fonctionnement ; ce cadre législatif en vigueur de 1998 à 2018 a connu un changement profond lors de son amendement par la loi organique n° 18-42 du 4 mars 2018.

1. Les structures de consultation prévues par la loi organique n° 98-01.

Deux structures étaient prévues dans la loi organique n° 98-01: « l'assemblée générale » qui était saisie pour des consultations ordinaires et « la commission permanente », qui devait donner son avis pour les cas exceptionnels dont l'urgence était signalée par le Chef du Gouvernement.

L'assemblée générale délibérait, sans considération de délais, sur les projets de loi en présence de la moitié de ses membres au moins. Le ministre chargé des affaires relevant de son département ou son représentant pouvait assister aux travaux de l'assemblée générale.

Les autres règles de la procédure ordinaire étaient fixées par les articles 84 à 100 du règlement intérieur.

La commission permanente, l'autre structure du Conseil d'État en matière consultative, donnait son avis en urgence²⁰.

Cette structuration a été profondément revue par la loi organique n° 18-42 du 04/03/2018.

2. La structure chargée de la consultation prévue dans la loi organique n° 18-42.

Les amendements de la loi organique n° 18-42 ont porté essentiellement sur la compétence du Conseil d'État en matière de consultation et sur l'organisation et le fonctionnement de la nouvelle structure chargée de la consultation.

²⁰- Il semblerait que cette structure a été celle qui a le plus été sollicitée du fait de l'urgence signalée à plusieurs reprises par le chef du gouvernement.

Sur le plan organisationnel, les deux structures (l'assemblée générale et la commission permanente) prévues par la loi organique n° 98-01 ont été remplacées par une structure dénommée « la commission consultative » ; c'est ce que prévoit l'article 35 de la loi organique n° 18-42 qui dispose: « le Conseil d'État délibère en matière consultative en commission consultative » ; les termes de cet article montrent qu'il n'y a qu'une seule commission consultative du fait de l'utilisation du singulier pour désigner la structure consultative du Conseil d'État.

La commission consultative étudie aussi bien les projets de lois que les projets d'ordonnances ; cependant, là également et dans les cas exceptionnels où l'urgence est signalée par le Premier ministre (art. 41 bis 3), la commission consultative rend son avis dans les plus brefs délais.

L'exposé sur l'étendue de la fonction consultative du Conseil d'État à travers l'organisation et le fonctionnement du Conseil d'État permet de constater que :

- la révision de la première organisation du Conseil d'État, dans sa fonction consultative, ne s'est effectuée qu'après une vingtaine d'années de fonctionnement ; à ce propos, si les deux anciennes structures, prévues par la loi organique en 1998 paraissent n'avoir pas donné satisfaction en matière de consultation, est-ce qu'une seule structure dont la composition a été revue à la baisse²¹ serait à même de justifier cette réorganisation et d'améliorer la fonction consultative du Conseil d'État ?

²¹- Le vice-président du Conseil d'État ne fait plus partie de la commission consultative créée en 2018 ; de même que le nombre des conseillers composant ces deux commissions est passé de 05 en 1998 à 03 en 2018.

- les 03 conseillers d'État faisant partie de la commission consultative, sont désignés par le président du Conseil d'État alors que ce mode de représentation n'était pas mentionné dans la loi organique sur le Conseil d'État dans sa mouture de 1998

A ces quelques réflexions sur l'étendue de la compétence du Conseil d'État, dans sa fonction consultative à travers ses structures et leur fonctionnement, s'ajoutent d'autres réflexions à partir de la liste des projets de textes soumis à sa consultation qui permettent de constater que le Conseil d'État est le consultant du Gouvernement en matière de projet de textes à caractère législatif uniquement.

Section 2 : L'étendue de la fonction consultative à travers les projets de textes soumis pour avis : un consultant législatif du gouvernement.

L'intitulé de ce chapitre et notamment l'expression « un consultant législatif du gouvernement » résultent des contrôles²² exercés par le Conseil constitutionnel sur les lois organiques 98-01 et 18-41 relatives aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État.

²²- Conformément aux articles 141 et 186 de la Constitution, les lois organiques sont systématiquement soumises au contrôle du Conseil constitutionnel.

Art. 141 : « La loi organique est adoptée à la majorité absolue des députés et des membres du Conseil de la Nation. Elle est soumise à un contrôle de conformité par le Conseil constitutionnel avant sa promulgation ».

Art. 186 : «Le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, émet un avis obligatoire sur la constitutionnalité des lois organiques après leur adoption par le Parlement ».

Lors de ces contrôles, le Conseil constitutionnel a émis un avis en 1998²³ sur la loi organique 98-01 et en 2018²⁴ sur la loi organique 18-41 en délimitant notamment les projets de textes pouvant être soumis à l'avis du Conseil d'État dans sa fonction consultative.

1. Les projets de textes délimités par le Conseil constitutionnel pouvant être soumis pour avis au Conseil d'État.

En 1998, dans le projet de loi organique transmis au Parlement et approuvé par ce dernier, il ressort selon le texte de l'avis du Conseil constitutionnel que le Gouvernement avait rédigé l'article 4 de la loi organique soumis au dit Conseil comme suit : « *Le Conseil d'État donne son avis sur les projets de lois et des ordonnances dans les conditions fixées par la présente loi et selon les modalités fixées par son règlement intérieur.*

Il peut également donner son avis sur les projets de décrets sur saisine du Président de la République ou du Chef du gouvernement, selon le cas ».

Le contenu de l'article 4 ci-dessus permettait donc de saisir le Conseil d'État pour donner son avis sur les projets de lois et ordonnances ainsi que les projets de décrets avec cette précision que pour les projets de décrets, la saisine était laissée à la discrétion soit du Président de la République pour les décrets présidentiels, soit du chef du Gouvernement pour les décrets exécutifs.

²³- Avis n° 06/A.L. O/CC/98 du 19/05/1998 relatif au contrôle de conformité de la loi organique relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État à la Constitution. J.O n° 37 de l'année 1998

²⁴- Avis n° 01/A.L. O/C.C/18 du 13 février 2018 relatif au contrôle de conformité de la loi organique modifiant et complétant la loi organique n° 98-01 du 30 mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État, à la Constitution. J.O n° 15 de l'année 2018.

La loi suscitée contenait également dans son article 13 une disposition qui prévoyait que : « *le Conseil d'État peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conforme à l'intérêt général* » ; autrement dit, une initiative laissée au Conseil d'État pour proposer des réformes d'ordre juridique.

A l'occasion de son contrôle, le Conseil constitutionnel a reformulé l'article 4 ci-dessus en excluant les projets d'ordonnances et les projets de décrets des textes à soumettre à l'avis du Conseil d'État. Pour ce faire, le Conseil constitutionnel avait fait remarquer que le législateur avait attribué au Conseil d'État des compétences consultatives que les dispositions de l'article 119²⁵ de la Constitution n'avaient pas prévues.

S'agissant des dispositions de l'article 13 ci-dessus, le Conseil constitutionnel s'était appuyé sur les mêmes considérations tirées de l'article 119 pour les rejeter entièrement.

Si les avis et les décisions du Conseil constitutionnel revêtent un caractère définitif en vertu de l'article 191²⁶ de la Constitution, une autre lecture des

²⁵- **Art. 119** : « L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux députés.

Les propositions de lois, pour être recevables, sont déposées par vingt (20) députés. Les projets de lois sont présentés en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'État puis déposés par le Premier ministre sur le bureau de l'Assemblée Populaire Nationale ».

²⁶- **Art. 191** : « Lorsque le Conseil constitutionnel juge qu'une disposition législative ou réglementaire est inconstitutionnelle, celle-ci perd tout effet du jour de la décision du Conseil.

Lorsqu'une disposition législative est jugée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 188 ci-dessus, celle-ci perd tout effet à compter du jour fixé par la décision du Conseil constitutionnel.

Les avis et décisions du Conseil constitutionnel sont définitifs. Ils s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles ».

dispositions contenues dans l' article 119 est possible et permet de dire que ces dernières n'ont pas délimité le domaine consultatif du Conseil d'État mais ont rappelé au respect d'une formalité substantielle concernant le processus d'élaboration des projets de lois, en l'occurrence la soumission des projets de lois à l'avis du Conseil d'État avant leur présentation en Conseil des ministres.

En 2018, la loi organique n°18-41 a amendé le même article 4 de la loi organique n° 98-01 en énonçant qu'en plus des projets de lois, le Conseil d'État donne également son avis sur les projets d'ordonnances du Président de la République. Le Conseil constitutionnel a noté que la soumission de ces projets d'ordonnances est conforme à l'article 142 alinéa 1^{er} de la Constitution et que, par ailleurs, ses articles 112 alinéa 1^{er} et 141 donnent compétence au législateur pour élaborer, voter et amender la loi ; et de conclure que cet élargissement ne porte atteinte à aucune disposition constitutionnelle.

A ce propos et pour des raisons de lisibilité et de commodité, cet élargissement concernant la fonction consultative du Conseil d'Etat contenu dans deux articles éloignés dans le texte constitutionnel auraient dû être regroupés dans un seul article de la Constitution ; cette façon de procéder éviterait la dispersion, à travers le texte constitutionnel, de dispositions portant sur un même objet.

2. La détermination des projets de textes pouvant être soumis pour avis au Conseil d'État.

Le cadre constitutionnel et le cadre législatif de la fonction consultative du Conseil d'État ont délimité la liste des projets de textes juridiques à

soumettre à ce dernier pour avis ; il s'agit des projets de loi et des projets d'ordonnance du Président de la République.

La détermination des projets de loi et des projets d'ordonnances soumis à consultation, leur nature, leur valeur et la détermination de leur auteur, permettront, notamment, de mesurer l'étendue de la compétence du Conseil d'État dans sa fonction consultative.

- Sur la nature, la valeur et l'auteur des projets de textes soumis au Conseil d'État pour avis.

S'agissant de la nature des projets de textes, la consultation du Conseil d'État ne concerne que les textes juridiques intitulés « projets de loi » et « projets d'ordonnance ». Cette limitation exclue d'autres projets de textes juridiques, particulièrement les projets de décrets qui constituent un volet très important du droit régissant l'État et ses institutions.

Concernant la valeur juridique de ces deux catégories de projets de textes, si la détermination de la valeur juridique des projets de loi ne soulève pas d'observations particulières dans la mesure où ces projets relèvent naturellement de la catégorie des textes à caractère législatif, celle des ordonnances du Président de la République nécessite quelques développements.

Sur le plan organique, les ordonnances prises par le Président de la République, incarnation du pouvoir exécutif, dans le cas de vacance de l'Assemblée populaire nationale ou durant les vacances parlementaires, n'ont pas de valeur législative définitive car, selon l'article 112 de la Constitution dans sa mouture de 2016, le pouvoir législatif est exercé par le Parlement.

Sur le plan formel, l'article 142 de cette même Constitution énonce que : « *le Président de la République peut, sur des questions urgentes, **légiférer par ordonnance*** » ; le terme légiférer, contenu dans cet article, est généralement utilisé pour indiquer l'action du Parlement de faire des lois. De plus, le positionnement de l'article ci-dessus dans le chapitre réservé au pouvoir législatif permet de classer les ordonnances dans la catégorie des textes juridiques à caractère législatif sans pour autant être des lois stricto sensu.

Sur le plan matériel, les ordonnances du Président de la République interviennent dans le domaine réservé par la Constitution au Parlement.

Enfin, quant à l'auteur de ces deux projets de textes, il est à remarquer que les ordonnances, prises uniquement par le Président de la République, et les projets de lois initiés par le biais du Premier ministre ont pour origine une même institution, le Gouvernement.

La triple identité (nature, valeur et auteur) de ces deux catégories de projets de textes permet de constater et de dire que le Conseil d'État reste un consultant législatif mais également et surtout le consultant législatif du Gouvernement.

- Sur la détermination des projets de lois à soumettre au Conseil d'État pour avis.

L'article 136 de la Constitution dans sa mouture de 2016, l'article 36 de la loi organique n° 98-01 et l'article 02 le décret exécutif n° 98-261 utilisent, tour à tour, l'expression « projets de loi » sans autres spécifications ou précisions pour déterminer ces projets à soumettre au Conseil d'État pour avis.

De quels projets de lois le Conseil d'État est-il sollicité pour donner son avis ?

Si le terme « projet » signifie une rédaction provisoire du texte, le terme « loi » renferme un double sens, un sens large et un sens étroit, et renvoie également à plusieurs sortes de lois. Dans la Constitution, le terme « loi » est employé, dans son sens étroit²⁷ et concerne tout texte juridique émanant du Parlement ; cependant, il reste à savoir de quelles sortes de lois s'agit-il ? En vertu de la Constitution, le Conseil d'État donne son avis sur les projets de loi, sans distinction d'objet ou de forme : lois organiques, lois ordinaires, lois de finances et tous les projets de textes qui seront soumis au Parlement.

Or, une consultation partielle²⁸ du journal officiel montre que la mention « après avis du Conseil d'État » qui devrait figurer dans la partie visas des lois publiées au journal ne se retrouve pas dans certains cas. Il s'agit notamment des lois portant révision constitutionnelle, des lois rectificatives, des lois d'approbation des ordonnances et de certaines lois²⁹ ainsi que les

²⁷- Le terme loi ne peut être saisi intellectuellement dans son sens large et ce, pour des raisons logiques, car si tel était le cas, tous les textes juridiques quelle que soit leur nature ou leur valeur auraient été préparés sous forme de projets à soumettre à l'avis du Conseil d'État. C'est pourquoi, le terme loi est utilisé dans son étroit, c'est-à-dire le texte juridique émanant du Parlement.

²⁸- La recherche dans le journal officiel s'est faite sur la période 2016-2018 seulement. Une recherche sur l'ensemble des journaux depuis 1998, date d'institution du Conseil d'État, renseignerait plus largement sur la saisine du Conseil d'État pour avis.

²⁹- Quelques exemples de lois ordinaires dans les visas desquelles ne figure pas la mention « après avis du Conseil d'État il y a la loi n° 09-05, 09-06, 09-07 du 22/07/2009. JO n° 59 de l'année 2009, la loi n° 99-08 du 13/07/99 relative au rétablissement de la concorde civile, la loi n° 05-01 du 06/02/2005 relative à la prévention et à la lutte contre le blanchiment d'argent J.O n° 11 de l'année 2005.

Cependant, le cas de la loi n° 05-07 du 28/04/2005 relative aux hydrocarbures est à signaler puisque la mention relative à la saisine du Conseil d'État ne figurait pas dans sa mouture initiale mais, dans sa deuxième mouture en 2013, la loi n° 13-01 complétant et modifiant la loi 05-07 la mention de la saisine du Conseil d'État y est portée.

projets de lois modifiés par le gouvernement lors des débats et avant leur adoption par le Parlement³⁰.

A ce propos, si l'absence de cette mention dans les visas des lois portant approbation des ordonnances prises par le Président de la République peut se justifier dans la mesure où leur contenu comprend une seule disposition, celle relative à la publication de l'ordonnance dans le journal officiel, l'absence ou l'omission de cette mention dans les autres catégories de loi constitue un vice de procédure voire une violation substantielle de la loi, violation qui aurait dû être relevée et corrigée lors de leur adoption par le Parlement et lors de leur contrôle par le Conseil constitutionnel.

Les lois portant révision constitutionnelle³¹, ne contiennent pas également la référence de l'avis du Conseil d'État. Comment comprendre l'absence de cette référence de la saisine du Conseil d'État pour avis ? Est-ce à cause de

³⁰ - Une autre catégorie de projet de lois peut être ajoutée à cette liste, il s'agit notamment des projets de lois ayant été modifiés lors des débats au Parlement. A ce propos, l'on peut s'interroger si un projet modifié lors des débats du Parlement est encore à l'état de projet. Pour ma part, le texte déposé au Parlement ne revêt le caractère de loi qu'après avoir été adopté à l'issue du vote de l'Assemblée populaire nationale et/ou du Conseil de Nation ; car, l'article 21 de la loi organique n° 16-12 du 25 août 2016 fixant l'organisation et le fonctionnement de l'Assemblée populaire nationale et du Conseil de la Nation ainsi que les relations fonctionnelles entre les chambres du Parlement et le Gouvernement prévoit : « Sous réserve des dispositions de l'alinéa 8 de l'article 138 de la Constitution, les projets de lois peuvent être retirés par le Gouvernement tout moment, avant leur vote ou leur adoption par l'Assemblée populaire nationale ou par le Conseil de la Nation, selon le cas ». Dans cette perspective si le Gouvernement peut retirer un texte en débat au Parlement, il ne peut s'agir que d'un projet et non d'une loi car cette dernière doit suivre son cours normal jusqu'à sa publication au journal officiel. A l'issue de ce qui précède, il est possible de penser et de dire que les projets de lois ayant fait l'objet d'un débat au Parlement et retirés avant leur adoption doivent être soumis au Conseil d'État en cas de modification par le Gouvernement du projet de loi initial.

³¹ - Loi n° 02-03 du 10/04/2002 portant révision constitutionnelle relative à la langue tamazight comme langue nationale, JO n° 25 de l'année 2002 ou la loi portant révision constitutionnelle n° 08-19 du 15/12/2008, JO n° 63 de l'année 2008 ou la loi n° 16-01 du 06/05/2016 JO n° 14 de l'année 2016.

la valeur juridique des dispositions de ces lois dont le contrôle de constitutionnalité relèverait des attributions du Conseil constitutionnel ? Ces interrogations auraient dû trouver leurs réponses dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel rendue³² à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois dont il a été saisi conformément à la Constitution ; cependant, la saisine du Conseil d'État reste tout de même utile dans la mesure où ce dernier pourrait exercer les compétences prévues dans les articles 81 et 82³³ de son règlement intérieur, notamment celles de mieux préparer les projets de lois à soumettre au Parlement et éventuellement au Conseil constitutionnel.

A l'issue de ces quelques réflexions sur l'étendue de la compétence à *travers* les projets de textes soumis au Conseil d'État pour avis, une

³²- Le Conseil constitutionnel s'est penché sur la question des visas mais sur un autre plan celui de la précision dans la référence aux visas ; c'est ainsi qu'il a considéré, lors du contrôle de la loi organique n°98-01 (voir JO n 15 de l'année 2018 p.03) « que le législateur fait référence dans les visas de la loi organique, objet de saisine, à l'article 136 de la Constitution, sans préciser l'alinéa 3 de cet article qui prévoit que les projets de lois sont présentés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État ; Considérant en conséquence, que la non référence à l'alinéa 3 de l'article 136 de la Constitution dans les visas de la loi organique, objet de saisine, constitue une omission qu'il y a lieu de corriger ». Cet avis ne règle pas la question de l'absence de la mention « après avis du Conseil d'État ».

³³- L'article 81 prévoit que le Conseil d'État donne son avis sur la compatibilité du projet de loi avec la Constitution et les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, sur l'articulation interne du texte, sur les notions juridiques habituellement utilisées et leur conformité avec la terminologie juridique.

L'article 82 prévoit que dans son rapport, le Conseil d'État peut formuler des propositions tendant à enrichir le projet de loi, à son amendement ou à son retrait lorsqu'il renferme des dispositions susceptibles d'être déclarées inconstitutionnelles

troisième série de réflexions sur l'étendue de sa compétence *à travers* les règles et les conditions d'exercice de la consultation portent sur le statut du Conseil d'État comme consultant législatif du Gouvernement.

Section 3 : L'étendue de la fonction consultative à *travers* les conditions d'exercice de la consultation et le statut du Conseil d'État

Le cadre juridique de la fonction consultative du Conseil d'État prévoit un certain nombre de règles voire de conditions réglementant l'exercice de sa mission de consultation. Ces règles et conditions concernent principalement l'acte d'exercice de la mission consultative, en l'occurrence l'avis, sa forme, son contenu, son impact et sa valeur juridique.

1. l'avis comme acte d'exercice de la mission consultative du Conseil d'État : une formalité substantielle ?

A l'occasion de l'exercice de ses compétences en matière consultative, l'acte que prend le Conseil d'État se concrétise sous la forme d'un avis. Sa définition est malaisée du fait de sa multiplication et de la difficulté de la caser dans une définition globale. En effet, la doctrine constitutionnelle et administrative montre qu'il existe plusieurs catégories d'avis³⁴, plusieurs définitions³⁵ les concernant.

³⁴ - On parle, en termes de catégories, d'avis simple et d'avis conforme, d'avis obligatoire et d'avis sollicité, d'avis impératif et d'avis consultatif.

³⁵ - S'agissant de sa définition, la doctrine renonce parfois à donner une définition devant l'inflation des avis, une autre partie de la doctrine a défini l'avis comme étant un terme générique donné aux actes des institutions administratives dans l'exercice de la fonction consultative ; une opinion donnée à titre consultatif en réponse à une question ; d'autres enfin ont défini l'avis comme étant une réponse donnée à une sollicitation expresse, de portée non contraignante

Dans la mouture de 2016 de la Constitution, le terme « avis »³⁶ figure dans un certain nombre de ses dispositions concernant des institutions constitutionnelles.

S'agissant des avis du Conseil d'État, la Constitution utilise, dans ses articles 136³⁷ et 142³⁸, l'expression générale « émet un avis ». La loi organique n° 98-01³⁹ et la loi organique n°18-41⁴⁰ utilisent l'expression « donne son avis » ; dans le décret exécutif n° 98-261, l'article 9 se limite à l'utilisation du terme « avis » sans autre précision ; enfin, le règlement intérieur utilise également l'expression « émet un avis ».

³⁶- S'agissant du **conseil supérieur de la magistrature**, l'article 175 dispose « Le Conseil supérieur de la magistrature émet un avis consultatif préalable à l'exercice du droit de grâce par le Président de la République ». L'article 186 concerne les avis du **Conseil constitutionnel**, il mentionne : « Outre les autres attributions qui lui sont expressément conférées par d'autres dispositions de la Constitution, le Conseil constitutionnel se prononce par un avis sur la constitutionnalité des traités, des lois et des règlements. Le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, émet un avis obligatoire sur la constitutionnalité des lois organiques après leur adoption par le Parlement ». S'agissant du **Haut conseil islamique**, l'article 196 énonce : « Il est institué un Haut Conseil de Sécurité présidé par le Président de la République. Cet organe est chargé de donner à celui-ci des avis sur toutes les questions relatives à la sécurité nationale ». Le Conseil national des droits de l'Homme émet également des avis, c'est ce qui ressort des dispositions de l'article 199 : « Il (le Conseil national des droits de l'Homme) émet également des avis, propositions et recommandations relatives à la promotion et à la protection des droits de l'Homme ». Pour le **Conseil supérieur de la jeunesse**, l'article 201 dispose que : « Le Conseil supérieur de la jeunesse formule des avis et des recommandations au sujet des questions relatives aux besoins de la jeunesse ainsi qu'à son épanouissement dans les domaines économique, social, culturel et sportif ».

³⁷- « Les projets de lois sont présentés en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'État ... »

³⁸- « ... le Président de la République peut, sur des questions urgentes, légiférer par ordonnance, après avis du Conseil d'État ».

³⁹- Art. 12 : « Le Conseil d'État donne son avis... ».

⁴⁰- Art. 4 : « Le Conseil d'État donne son avis sur les projets de lois et les projets d'ordonnances » « Art. 36 : « La commission consultative donne son avis sur les projets de lois et les projets d'ordonnances ».

Il résulte de ces expressions et formulations que l'avis est l'unique catégorie d'acte qu'émet le Conseil d'État dans sa fonction consultative.

2. La forme de l'avis : un avis émis sous la forme d'un rapport écrit.

La Constitution et la loi organique n° 98-01 ne déterminent pas la forme de l'avis ; sa forme est précisée dans l'article 9 du décret exécutif n° 98-261 qui mentionne que : « *l'avis du Conseil d'État, soumis sous la forme d'un rapport final.....* ».

L'article 82 du règlement intérieur du Conseil d'État reprend exactement la même formulation.

Ainsi, l'acte émis par le Conseil d'État après sa consultation est un avis pris sous la forme d'un rapport écrit.

3. Le contenu de l'avis : le conseil d'État, un associé du Gouvernement dans le processus d'élaboration des normes législatives.

L'article 12 de la loi organique n° 98- 01 dispose d'une manière générale que « *le Conseil d'État donne son avis sur les projets de textes qui lui sont soumis et propose toutes modifications qu'il juge nécessaires* » et renvoie au règlement intérieur pour plus de précisions quant à l'étendue de la consultation et donc au contenu de l'avis.

L'expression « *et propose toutes modifications qu'il juge nécessaires* » de l'article 12 ci-dessus est détaillée dans l'article 81 du règlement intérieur⁴¹ qui énonce que : « *le Conseil d'État donne son avis sur la compatibilité du projet de loi avec la Constitution et les dispositions législatives et*

⁴¹- Le règlement intérieur et donc son article 81 ne peuvent plus constituer le cadre d'application de la loi organique n° 98-01 après son amendement en 2018.

réglementaires en vigueur, sur l'articulation interne du texte, sur les notions juridiques habituellement utilisées et leur conformité avec la terminologie juridique ».

Le paragraphe 2 de l'article 82 du même règlement intérieur rajoute que le Conseil d'État fait des propositions tendant soit à l'enrichissement du projet de texte, soit à son amendement, soit à son retrait lorsqu'il enferme des dispositions susceptibles d'être inconstitutionnelles.

Il résulte des dispositions ci-dessus que le Conseil d'État émet un avis qui porte un regard global sur la qualité de la norme proposée qui va bien au-delà du seul contrôle de sa régularité formelle ou juridique ; elles lui reconnaissent la possibilité de prendre l'initiative de l'amender, de l'enrichir, de formuler des propositions alternatives et de procéder même à une nouvelle rédaction.

De ce fait, le Conseil d'État, dans sa fonction consultative se, trouve associé au processus d'élaboration du droit mais pour les seules normes juridiques ayant un caractère législatif.

4. L'impact de l'avis : un bénéfice limité à l'auteur des projets de textes.

L'étendue de l'impact des avis du Conseil d'État est délimité dans l'article 9 du décret exécutif n° 98-261 qui dispose que : « *l'avis du Conseil d'État, exprimé sous la forme d'un rapport final est transmis au secrétaire général du gouvernement* » ; ces dispositions ont été reprises dans l'article 98 du règlement intérieur.

L'étendue de cet impact est annoncée déjà dans les dispositions des articles 37⁴² et 39⁴³ de la loi organique n° 98-01 qui prévoient que seuls les représentants des institutions administratives centrales peuvent assister aux délibérations de la commission consultative du Conseil d'État, autrement dit, durant les délibérations du Conseil d'État et avant la formulation de son avis.

Ainsi, l'étendue de l'impact de l'avis et donc de la consultation du Conseil d'État se limitent à l'auteur des projets de textes soumis au Conseil d'État, en l'occurrence le Gouvernement.

5. La valeur juridique de l'avis.

L'avis du Conseil d'État est une étape dans le processus⁴⁴ d'élaboration des projets de lois et des projets d'ordonnances et constitue une réponse donnée à une sollicitation de l'auteur de ces projets ; ce qui laisse supposer que cet avis n'a qu'une valeur consultative ; d'ailleurs, l'article 12 de la loi organique n° 98-01 utilise le terme « propose » ; dans ce cadre, ce terme signifie que le Gouvernement n'est pas tenu de suivre les avis du Conseil d'État ; cependant, il n'en demeure pas moins que la consultation consacrée par et dans la Constitution, est un élément important du processus d'élaboration des textes à caractère législatif et que les termes

⁴²- Art. 37 : « Les réunions de la commission consultative sont valables lorsque la moitié de ses membres, au moins, sont présents. Les ministres peuvent assister ou se faire représenter aux séances consacrées aux affaires de leurs départements »

⁴³- Art. 39 : « Des représentants de chaque ministère, désignés parmi les titulaires de fonctions supérieures assistent aux séances de la commission consultative pour les affaires du département dont ils relèvent ».

⁴⁴- L'article 119 de la Constitution dans sa mouture de 1996 et les des articles 136 et 142 de la Constitution dans sa mouture de 2016

« consultation » ou « propose » ne conduisent pas forcément à la minorer car mieux légiférer c'est mieux préparer les projets de textes et le Conseil d'État peut y participer.

Les dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires montrent que la demande d'avis n'est pas une simple faculté accordée au Gouvernement mais est présentée comme une formalité substantielle.

En effet, les termes des articles 136 et 142 de la Constitution ne prêtent à aucune ambiguïté, les projets de lois sont présentés en conseil des ministres « **après** avis du Conseil d'État » ; l'expression « après avis du Conseil d'État » est également mentionnée pour les projets d'ordonnances du Président de la République.

Le décret exécutif n°98-261⁴⁵ précise dans son article 2 que : « le Conseil d'État est obligatoirement saisi des projets de lois après leur adoption par le conseil du Gouvernement » ; alors que le législateur emploie dans l'article 4 de la loi organique n° 98-01 une rédaction neutre en disposant que : « *Le Conseil d'État donne son avis sur les projets de lois et les projets d'ordonnances dans les conditions fixées par la présente loi organique et selon les modalités fixées par son règlement intérieur* ».

Par ses attributions consultatives, le Conseil d'État fait plus que donner des avis, ou réécrire des projets de textes. Certes il joue directement ce rôle à l'égard de l'Exécutif, mais, en assurant un rôle de régulateur, de contrôleur et de réformateur du droit, il devrait l'être également pour le Parlement autre jurislatureur.

⁴⁵- Ce décret a été pris en application de la loi organique n°98-01 relative au Conseil d'État mais avant l'amendement de cette dernière en 2018.

Les réflexions faites dans la deuxième partie de ce travail permettent de constater que le Conseil d'État est le consultant législatif du Gouvernement ; plus approfondies, ces mêmes réflexions permettront de dire que le cadre juridique relatif à cette consultation renferme des limites qui relativisent l'étendue de sa fonction consultative.

III° PARTIE : Les limites à l'étendue de la fonction consultative du Conseil d'État.

Ces limites résultent de l'impact des amendements de la loi organique n° 18-41 et particulièrement de l'élargissement du champ de la consultation du Conseil d'État (Section 1), de l'organisation et du fonctionnement du Conseil d'État dans sa fonction consultative (Section 2), du régime de publicité des avis (Section 3) et enfin de la qualification du Conseil d'État comme institution consultative (Section 4).

Section 1 : Les limites résultant de l'élargissement du champ de la consultation du Conseil d'État.

La loi organique n° 98-01 avait déterminé la mission consultative du Conseil d'État en lui reconnaissant la possibilité de donner son avis sur les projets de lois ; elle a également prévu des structures et procédures en matière de consultation ; une vingtaine d'années après, des amendements ont été apportés à cette loi organique et ont, en première lecture, élargi le champ de la consultation aux projets d'ordonnances et réorganisé les modalités et procédures de la consultation.

Or, ces amendements n'ont pas fait évoluer la fonction consultative du Conseil d'État et n'apportent qu'une modification sans impact fondamental.

A la lecture des dispositions de la loi organique n° 98-01 et la loi organique n° 18-41, il ressort que l'impact sur le rôle consultatif du Conseil d'État a porté sur l'élargissement de la catégorie des textes juridiques à soumettre à l'avis du Conseil d'État. A ce propos, si la question de la consultation du Conseil d'État sur les projets de lois ne suscite aucun commentaire particulier dans la mesure où ces projets de lois sont soumis depuis 1996 au Conseil d'État pour avis, celle des projets d'ordonnances, seconde catégorie de textes à caractère législatif, prévus par l'article 142 de la Constitution, soulève une interrogation qui attire l'attention. Cette voie souvent usitée⁴⁶ laisserait supposer que l'élargissement de l'étendue de la compétence du Conseil d'État, dans sa fonction consultative, serait conséquent et constituerait une évolution.

Or, cet élargissement reste limité pour deux raisons essentielles.

La première raison se rapporte au terme « *approbation* » figurant dans l'article 142 de la Constitution⁴⁷, ce terme a pour conséquence principale de ne pas permettre au Parlement de débattre sur les projets d'ordonnances du Président de la République ; dans ce cas, le passage de ces ordonnances par le Conseil d'État pour avis n'élargit pas l'étendue de sa compétence en matière consultative car ces ordonnances sont généralement adoptées sans discussion par les deux chambres du Parlement mais également et surtout du

⁴⁶ - La consultation du site du secrétariat général du Gouvernement contient des tableaux faisant ressortir les listes annuelles des différents textes publiés au journal officiel et leurs intitulés ; or, l'absence d'un tableau faisant ressortir des données quantitatives par catégories textes (lois, ordonnances, décrets présidentiels et décrets exécutifs) ne permet pas d'avancer des données chiffrées sur chacune des catégories de textes.

⁴⁷ - ART. 142 § 2 de la Constitution : « Le Président de la République soumet les textes qu'il a pris à l'**approbation** de chacune des chambres du Parlement, à sa prochaine session ».

fait que l'avis du Conseil d'État sur les projets d'ordonnances est réservé à l'auteur du projet d'ordonnance qui peut le rejeter légalement.

La seconde raison découle de la modification apportée par la Constitution en 2016 aux sessions et aux vacances parlementaires. Durant la période 1996 à 2016, le paragraphe premier de l'article 118 de la Constitution⁴⁸ avait fixé deux sessions parlementaires de 04 mois, soit 08 mois de l'année et deux périodes de vacances qui s'étalent sur les 4 mois restant.

A partir de 2016, le Parlement ne tient qu'une session parlementaire d'une durée minimale de 10 mois.

Les deux catégories de périodes de vacances peuvent paraître assez réduites pour légiférer par ordonnances ; cependant, les modalités prévues par la Constitution lors de leur passage au Parlement leur assurent une durée de vie plus étalée dans le temps dans la mesure où le contenu de l'ordonnance continuera, dans sa totalité, à s'appliquer sous la dénomination de loi après son approbation par ledit Parlement.

Ainsi, l'élargissement aux projets ordonnances du Président de la République n'a pas d'impact significatif sur la fonction consultative du Conseil d'État.

⁴⁸- **Art. 118 §1** de la Constitution dans sa version de 1996 : « Le Parlement siège en deux sessions ordinaires par an, chacune d'une durée minimale de quatre (04) mois. ».

Art. 135 §1 de la Constitution dans sa version de 2016 : « Le Parlement siège en une session ordinaire par an, d'une durée minimale de dix (10) mois ».

Section 2 : Les limites à l'étendue de la consultation résultant de l'organisation et du fonctionnement du Conseil d'État.

Le législateur avait prévu dans l'article 35 la loi organique n°98-01 que le Conseil d'État délibérait en matière consultative en assemblée générale et en commission permanente.

L'assemblée générale donnait son avis sur les projets de lois dans les cas où aucune urgence à donner l'avis n'était signalée par le Gouvernement ; dans le cas contraire, la délibération revenait à la commission permanente.

Les différences entre ces deux modalités de délibérations résidaient à deux niveaux ; la première avait trait à la composition des deux formations ; la seconde concernait le temps accordé à chacune d'elles pour donner son avis.

L'assemblée générale, plus solennelle, était présidée, conformément aux dispositions de l'article 37 de la loi organique citée plus haut, par le président du Conseil d'État, et comprenait le vice-président du Conseil d'État, le commissaire d'État, les cinq présidents des chambres contentieuses du Conseil d'État et cinq conseillers d'État, soit 13 membres. Elle délibérait sans contrainte de temps.

Quant à la commission permanente, elle était composée d'un président de chambre en qualité de président, de quatre conseillers d'État au moins, du commissaire d'État ou de l'un de ses adjoints, soit six membres du Conseil d'État et devait donner son avis dans un temps que déterminait le président de la commission.

La loi organique n° 18-41 a remplacé l'assemblée générale et la commission permanente par la commission consultative⁴⁹.

S'agissant de sa composition, l'article 37 de ladite loi organique dispose que la commission consultative, présidée par le président du Conseil d'État, est composée du commissaire d'État, des présidents de chambres et de trois conseillers d'État désignés par le président du Conseil d'État, soit dix membres du Conseil d'État

Quant au délai accordé au Conseil d'État pour donner son avis, l'article 38 de la même loi organique prévoit également que la commission consultative étudie, dans les plus brefs délais, les projets d'ordonnances et les projets de lois dans les cas exceptionnels où l'urgence est signalée par le Premier ministre.

Sur ce plan, la substitution de la commission consultative aux deux anciennes structures chargées de la consultation a abouti à une concentration de la mission de consultation du Conseil d'État.

Par ailleurs, l'organisation et le fonctionnement de ces structures limitent l'exercice effectif de la fonction consultative du Conseil d'État et surtout son efficacité ; en effet, en plus de leur rôle de juges administratifs suprêmes⁵⁰, ces mêmes magistrats dont le nombre est insuffisant⁵¹, sont

⁴⁹- Art. 35 : « Le Conseil d'État délibère en matière consultative en commission consultative ».

⁵⁰- Le site du Conseil d'État ne renferme pas de données chiffrées sur les décisions rendues.

⁵¹- La consultation du site du Conseil d'État fait état de 36 magistrats. Sans chercher une quelconque comparaison avec d'autres institutions similaires, ces magistrats ne peuvent objectivement et pratiquement prendre en charge en même temps le traitement des affaires contentieuses qui relèvent de la compétence du Conseil d'État et l'étude et les délibérations en matière consultative

sollicités également pour donner des avis sur des projets de textes importants et dans des délais très courts⁵² limitant par voie de conséquence le rôle consultatif du Conseil d'État.

Enfin, à l'instar de la fonction contentieuse, pour l'exercice de laquelle le Conseil d'État est organisé en chambres spécialisées dans des domaines délimités et dans lesquelles exercent des magistrats qui se spécialisent au fur et à mesure, la fonction consultative consiste, de son côté, à donner des avis par des magistrats rompus dans des secteurs délimités et pour l'exercice de laquelle il est nécessaire de mettre en place une organisation qui réponde à cette obligation de spécialisation dans la fonction de consultation, afin de donner des avis de qualité.

Or, l'absence d'une organisation de la fonction consultative bâtie sur un schéma répondant aux mêmes objectifs que la fonction contentieuse a limité les structures consultatives en les confinant dans un rôle d'une structure généraliste, alors qu'au-delà des aspects formels communs à tous les projets de textes, la différence et la particularité de leur contenu exigent une consultation donnée par des consultants spécialistes ou au moins spécialisés.

Le régime prévu pour la publicité des avis du Conseil d'État est un autre volet qui limite l'étendue et l'impact de la fonction consultative du Conseil d'État.

⁵²- Durant la période allant de 1998 à 2018, le gouvernement aurait à chaque fois signalé l'urgence pour solliciter l'avis de la commission permanente dans les délais les plus courts, dans certains cas pour des projets de lois portant sur des sujets économiques, politiques et sociaux fondamentaux.

Section 3 : Les limites résultant du régime de publicité des avis.

Selon les dispositions du cadre juridique de la fonction consultative, le Conseil d'État est le consultant législatif du gouvernement ; or, le pouvoir législatif est reconnu par la Constitution à deux autorités : au Parlement en tant que pouvoir législatif originel⁵³ et également à une seconde autorité, en l'occurrence le Président de la République⁵⁴ qui relève du pouvoir exécutif en tant que législateur secondaire.

La Constitution conditionne l'exercice de ce pouvoir législatif au respect d'une procédure préalable qui consiste à passer par une consultation juridique qui vise à mieux préparer les projets de lois et ordonnances.

Dans cette perspective, les projets de lois et d'ordonnances du Président de la République passent, avant leur transmission au Parlement, par le Conseil d'État pour consultation et avis de ce dernier.

A ce propos, si la consultation du Conseil d'État est soumise à un régime juridique de publicité considéré comme secret dans la mesure où les débats qui précèdent les avis revêtent le même caractère, il n'en demeure pas moins que l'avis rendu présente le caractère d'intérêt public ; et, rendre public cet avis c'est répondre à une demande de transparence, à une volonté de mieux informer les citoyens sur les sujets d'intérêt public mais également et surtout d'éclairer les débats parlementaires et le contrôle du Conseil constitutionnel ; cet avis a même été considéré comme une source de droit.

Parce qu'elles visent ces mêmes objectifs et notamment celui de l'intérêt public et de la recherche d'une meilleure rédaction des lois, les consultations

⁵³ - Art. 112 de la Constitution.

⁵⁴ - Art. 142 de la Constitution version 2016 (art.124 ancien)

du Conseil d'État et les avis qui en découlent devraient s'inscrire dans cette même dynamique.

Or, en réservant le bénéfice de la publicité des avis du Conseil d'État au seul auteur des projets de textes, le cadre juridique limite sérieusement l'impact de ces avis ; pourtant l'amendement introduit, en 2016, dans l'article 51⁵⁵ de la Constitution semble aller dans le sens de la publication des documents des institutions et invite le législateur à organiser la publication de ces avis dans une perspective d'utilité et d'effectivité. Malgré cela, le législateur n'a pas saisi cette occasion lors de l'élaboration de la loi organique n° 18-41 pour faire bénéficier le Parlement, en sa qualité de législateur ainsi que le Conseil constitutionnel, en sa qualité de gardien de la constitutionnalité des lois, de l'expertise du Conseil d'État, d'autant que ce dernier intervient en amont comme organe consultant et en aval de la loi comme gardien du respect du principe de légalité.

L'exposé sur le régime juridique des avis du Conseil d'État renvoie à une autre réflexion qui consiste à s'interroger si ce même conseil peut être qualifié ou être considéré comme une « institution consultative ».

⁵⁵- Art. 51. (nouveau) : « L'obtention des informations, documents, statistiques et leur circulation sont garanties au citoyen ».

Section 4 : Les limites résultant du statut du Conseil d'État : institution⁵⁶ consultative ?

Le titre de ce chapitre renvoie à une interrogation fondamentale, celle de savoir si le Conseil d'État, dans sa fonction consultative, est élevé au rang « d'institution consultative » mais également et surtout à celui d'une institution consultative de l'État.

La Constitution ne qualifie pas expressément le Conseil d'État d'institution consultative ; par ailleurs, même si, dans son article 152⁵⁷, elle utilise l'expression « il est institué », une formulation qui laisserait supposer que le Conseil d'État, dans son ensemble, est une institution ; cette supposition ne résiste pas à l'analyse.

⁵⁶- Le terme « institution » a été jugé « polysémique, fuyant et problématique » mais une définition générale considère que ce terme signifie tout ce qui est inventé et établi par les hommes, en opposition à ce qui est de nature.

Il ne s'agit pas dans ces réflexions d'analyser le terme « institution », le Doyen Maurice Hauriou et le sociologue Emile Durkheim ainsi que beaucoup d'autres sommités se sont penchés sur le ou les sens de ce terme et ses différentes définitions, il s'agit dans ces réflexions de savoir si la Constitution et la loi ont prévu un cadre juridique en matière de consultation qui érige le Conseil d'État en institution sur les plans juridique formel et matériel.

Voir à ce propos, une première réflexion dans l'article du Professeur BOUABDALLAH. M. **la fonction consultative du Conseil d'État et l'article 152 de la Constitution** - revue sciences humaines de l'université de Constantine n° 17 de juin 2002- p. 17s. Dans cet article, l'auteur soulève, d'une manière pertinente, une problématique intéressante.

A ce propos, le terme « institution » a été utilisé 14 fois dans la Constitution (les articles 8, 9, 10, 23, 34, 36, 101, 107, 181, 182 et dans certains titres et chapitres de la Constitution) ; une autre expression assez proche, en l'occurrence « il est institué... » a été également utilisée dans les articles 195, 197, 198 et 202 de la Constitution. Ce terme n'apparaît pas dans la loi organique n° 98-01 relative au Conseil d'État.

⁵⁷- Art. 152 §2 de la Constitution dans sa version de 1996 : « Il est institué un Conseil d'État, organe régulateur de l'activité des juridictions administratives ».

D'abord, l'article 152 ci-dessus figure dans le chapitre relatif au pouvoir judiciaire et concerne le Conseil d'État en tant que structure juridictionnelle de l'ordre administratif.

Ensuite, l'expression : « il est institué ... » ne signifie pas que l'organe visé serait automatiquement élevé au rang d'institution mais renvoie beaucoup plus à l'idée de création d'un organe et non à sa qualification.

Par ailleurs, la Constitution prévoit⁵⁸ dans un chapitre intitulé précisément « institutions consultatives » des institutions sans faire référence au Conseil d'État ; ce qui permet de conclure que malgré les avis qu'il donne en vertu de la Constitution sur les projets de loi et les projets d'ordonnance du Président de la République, le Conseil d'État dans sa mission consultative n'est pas qualifié expressément « d'institution » mais semble être beaucoup plus « une structure constitutionnelle » chargée de donner des avis sur des projets de textes à caractère législatif transmis par le Gouvernement.

Enfin, la délimitation du rôle du Conseil d'État présenté précédemment permet également de constater que, malgré l'existence du terme « État » qui

⁵⁸- Dans sa mouture de 1996, la Constitution a consacré le chapitre II du titre III intitulé « les institutions consultatives » ; il s'agissait de deux institutions en l'occurrence, du Haut Conseil Islamique (art.171 qui est devenu l'article 195 dans sa version de 2016) et du Haut Conseil de Sécurité (art. 173 qui est devenu l'article 197 dans sa version de 2016).

Dans sa mouture de 2016, le Constituant a rajouté dans le chapitre III du titre III intitulé également « les institutions consultatives » les institutions suivantes :

- Le Conseil National des Droits de l'Homme (art. 198).
- le Conseil supérieur de la jeunesse. (art. 200).
- L'organe national de prévention et de lutte contre la corruption. (art. 202).
- Le Conseil national économique et social, Art. 204. (nouveau).
- Le Conseil national de la recherche scientifique et des technologies (art. 206).

figure dans sa dénomination, le Conseil d'État n'est pas le conseil de l'État en matière consultative mais le conseil du Gouvernement en matière législative seulement.

CONCLUSION

Ces réflexions sont loin d'épuiser le sujet ; des développements plus profonds et plus détaillés sont possibles car, même si la consultation est un élément fondamental de l'organisation et du fonctionnement de la Société et de l'État qui la gère, le sujet ne se limite pas seulement à la mission consultative de la haute juridiction administrative.

Le dédoublement fonctionnel du Conseil d'État dans le système algérien (institution relevant du pouvoir judiciaire et conseiller d'une institution relevant du plus puissant des pouvoirs constitutionnels, en l'occurrence le pouvoir exécutif) n'est pas sans effet sur la consultation et son impact sur l'élaboration du droit.

La pratique d'une consultation large, transparente et systématique à tous les niveaux reste la voie de la sagesse et de la raison que le Conseil d'État peut être considéré comme un des principaux vecteurs

RESUME

Le Conseil d'État exerce deux fonctions : une fonction contentieuse et une fonction consultative.

Pour ce faire, la Constitution et la loi lui ont attribué la compétence de donner son avis sur des projets de textes juridiques. Cette reconnaissance s'est faite en deux temps et a eu pour effet d'élargir son domaine de compétence en matière consultative.

Durant la période 1996-2016, le cadre constitutionnel prévoyait que la fonction consultative du Conseil d'État portait sur une seule catégorie de textes juridiques, en l'occurrence les projets de lois.

A partir de 2016, la Constitution a élargi le domaine de la consultation du Conseil d'État aux projets d'ordonnances du Président de la République.

Sur le plan législatif, la fonction consultative du Conseil d'État a évolué en fonction de ces deux périodes.

Entre 1998 et 2018, la loi organique n° 98-01 relative au Conseil d'État limitait le domaine de la consultation aux projets de loi.

En 2018, ce domaine a été élargi par la loi organique n° 18-02 aux projets d'ordonnances du Président de la République

Ainsi, le Conseil d'État, dans sa fonction consultative est, « **le consultant du Gouvernement** » et plus précisément « **le consultant du Gouvernement en matière législative** ».

ملخص:

يمارس مجلس الدولة وظيفتين : وظيفة قضائية و وظيفة استشارية. و لهذا الغرض، منحه الدستور و القانون صلاحيات تتعلق بإبداء رأيه في مشاريع بعض النصوص القانونية. و تحقق هذا الاعتراف خلال مرحلتين نتج عنهما توسيع مجال اختصاص مجلس الدولة كهيئة استشارية.

خلال الفترة 1996-2016 نص الدستور على أن المجال الاستشاري لمجلس الدولة يخص مشاريع القوانين. و انطلاقا من سنة 2016، وسع الدستور من هذا المجال بحيث أصبح مجلس الدولة يبدي رأيه في مشاريع الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية.

على الصعيد التشريعي، عرف المجال التشريعي لمجلس الدولة نفس التطور بحكم القانون العضوي 01-98 ثم القانون العضوي 02-18.

وهكذا يعتبر مجلس الدولة في المجال الاستشاري " مستشار الحكومة " و بصفة أدق "مستشار الحكومة في المادة التشريعية".